

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 28977C

Inscrit le 23 août 2011

Audience publique du 16 février 2012

**Appel formé par
la société anonyme ... S.A., Luxembourg
contre
un jugement du tribunal administratif du 14 juillet 2011 (n° 27244 du rôle)
dans un litige l'opposant à une
décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial
communal**

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 28977C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 23 août 2011 par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ..., représentée par ses organes en fonctions, dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 14 juillet 2011, ayant rejeté comme non fondé son recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 19 mai 2010, répertoriée sous le numéro C 15579 du rôle, portant rejet de la réclamation introduite par elle contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2007, tous émis le 14 octobre 2009 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 15 septembre 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 11 octobre 2011 par Maître Jean-Pierre WINANDY pour compte de la société ... S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Pierre WINANDY et Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 22 novembre 2011.

Par courrier du 7 septembre 2009, le bureau d'imposition Sociétés 5 de l'administration des Contributions directes, dénommé ci-après le « *bureau d'imposition* », informa la société anonyme ... S.A., désignée ci-après par la « *société* ... », conformément au § 205 (3) de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée communément « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », qu'il envisageait de s'écarter de la déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2007 déposée par la société ..., en précisant notamment que « *la plus-value de cession des droits préférentiels de souscription s'élevant à 1.178.910,2 Eur ne tombe pas sous la coupe du règlement grand-ducal du 2 décembre 2001 portant exécution de l'art. 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R.. En fait, le titre lui-même n'est pas cédé* », tout en invitant la société ... à fournir ses observations afférentes pour le 28 septembre 2009 au plus tard.

Par courrier du 22 septembre 2009, la société ... prit position quant au courrier précité du bureau d'imposition dans les termes suivants : « (...) 2. *Quant au produit de la vente des droits préférentiels de souscription (DPS) attribués « gratuitement » par ... dans le cadre d'une offre de souscription en septembre 2007 (...), nous sommes d'avis que les conditions sont remplies dans notre chef pour que le montant de 1.178.910,20 Eur soit exonéré en vertu des dispositions de l'article 166 L.I.R. (...)* ».

En date du 14 octobre 2009, le bureau d'imposition émit un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités pour l'année fiscale 2007 à l'égard de la société ..., avec la précision que « *l'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants : (...) La plus-value de cession à hauteur de 1.178.910,20 EUR n'est pas exonérée. En fait, la plus-value de cession du droit préférentiel de souscription ne tombe pas sous la coupe du règl. grand-ducal du 2 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, no 1 L.I.R. Le titre lui-même n'est pas cédé* ». En date du même jour, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... également le bulletin de l'impôt commercial communal pour l'année 2007.

Par courrier du 8 décembre 2009, réceptionné par la direction des Contributions directes le 9 décembre 2009, la société ... fit introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *directeur* », contre les bulletins d'impôts précités du 14 octobre 2009.

Le directeur statua sur cette réclamation par une décision du 19 mai 2010, répertoriée sous le numéro C 15579 du rôle, libellée comme suit :

« *Vu la requête introduite le 9 décembre 2009 par le sieur... ..., directeur général, au nom de la société anonyme ..., avec siège social à L-..., pour réclamer contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal de l'année 2007, tous émis le 14 octobre 2009 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2007 est critiqué à l'aide de moyens qui visent le bulletin de la base d'assiette y afférente ; qu'en application du paragraphe 5 de la 2^e GewStVV du 16 novembre 1943 et de la GewStR 13 (cf.

paragraphe 7 GewStG), le bulletin de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2007 se trouve affecté d'office pour le cas où il résulterait du recours sous analyse une variation du bénéfice d'exploitation soumis à l'impôt commercial communal ;

Considérant que l'introduction par une requête unique de plusieurs demandes distinctes, mais néanmoins semblables, empiète sur le pouvoir discrétionnaire du directeur des contributions de joindre des affaires si elles sont connexes, mais n'est incompatible en l'espèce avec les exigences d'une procédure ordonnée ni dommageable à une bonne administration de la loi ; qu'il n'y a pas lieu de la refuser ;

Considérant que les réclamations ont été introduites par qui de droit dans les forme et délai de la loi ; qu'elles sont partant recevables ;

Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition de ne pas avoir exonéré une plus-value réalisée sur la cession de droits de souscription d'actions ... ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens de la réclamante, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'à cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant que le bureau d'imposition, en établissant les bases d'imposition de l'année 2007, n'a pas exonéré une plus-value d'un montant de 1.178.910,20 euros se rapportant à la cession de 338.000 droits de souscription d'actions ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal que la réclamante détient 338.000 actions dans la société ... pour un prix d'acquisition total de 11.522.420 euros ; qu'au cours de l'année 2007, la société ... a attribué des droits préférentiels de souscription d'actions au bénéfice de ses actionnaires ; que ces droits de souscription d'actions ont donné le droit de souscrire à deux actions nouvelles au prix de 15 euros par action nouvelle, pour trois actions existantes ;

Considérant que la requérante s'est vue attribuer 338.000 droits de souscription d'actions, i.e. un droit de souscription pour une action existante ; qu'elle a cédé l'intégralité de ces droits de souscription en 2007 ;

Considérant que dans sa requête introductive, la réclamante demande d'exonérer la plus-value susmentionnée en vertu de l'article 166 L.I.R. et de reconsidérer ledit revenu comme plus-value sur titres de participations ;

Considérant qu'en ce qui concerne les exonérations de plus-values de cession provenant d'une participation, le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R. dispose que lorsqu'une société de capitaux résidente pleinement imposable cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société anonyme résidente pleinement imposable, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 euros ;

Considérant d'abord qu'il y a lieu de constater que les conditions de durée de détention et du seuil de participation de l'article 166 L.I.R. sont remplies quant à la filiale et à la société mère, i.e. la société ... et la réclamante ;

Considérant qu'en principe, un droit préférentiel de souscription donne au détenteur le droit de souscrire à une action à un prix convenu d'avance et jusqu'à une date déterminée ; que les droits de souscription d'actions sont généralement attachés à une action ; que dès l'émission, les deux titres sont scindés et cotés séparément ;

Considérant qu'en l'occurrence, la réclamante a réalisé une plus-value qui est en relation avec la cession de 338.000 droits de souscription d'actions ; que la plus-value réalisée ne représente donc pas une plus-value au sens du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R. qui ne vise que les cessions de participations directes détenues dans le capital social d'une société ;

qu'il en résulte que l'exonération ne peut pas être accordée sur base dudit règlement grand-ducal ;

Considérant qu'il y a encore lieu d'analyser si la plus-value réalisée représente éventuellement un revenu au sens des alinéas 1 et 2 de l'article 166 L.I.R. ;

Considérant que suivant les alinéas 1 et 2 de l'article 166 alinéa 1 L.I.R., les revenus d'une participation détenue par une société anonyme résidente pleinement imposable sont exonérés lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros ;

que l'exonération s'applique entre autres aux revenus qui proviennent d'une participation détenue directement dans le capital social d'une société de capitaux résidente pleinement imposable ;

Considérant que même si les alinéas 1 et 2 de l'article 166 L.I.R. ne définissent pas clairement la notion « revenus d'une participation », il n'en reste pas moins que « l'article 166 L.I.R. ne bénéficie qu'à une participation directe dans le capital d'une autre société » (jugement tribunal administratif du 31 décembre 2007, n° du rôle 22876) ;

Considérant que les revenus dégagés lors de la cession de droits de souscription d'actions qui sont des titres librement négociables indépendamment des titres détenus dans la filiale, ne peuvent pas être assimilés à des revenus dégagés directement de la participation ;

que c'est donc à bon droit que le bureau d'imposition n'a pas exonéré la plus-value résultant de la cession des droits de souscription d'actions ;

Considérant que pour le surplus les impositions sont conformes à la loi et aux faits de la cause et ne sont d'ailleurs pas contestées ;

PAR CES MOTIFS

reçoit les réclamations en la forme,

les rejette comme non fondées ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 24 août 2010, la société ... fit introduire un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la décision directoriale précitée du 19 mai 2010.

A travers un jugement du 14 juillet 2011, le tribunal administratif reçut le recours en réformation en la forme et déclara qu'il n'y avait partant pas lieu de statuer sur le recours en annulation.

Quant au fond, le tribunal déduisit des dispositions de l'article 32-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, ci-après désignée par la « *loi du 10 août 1915* », que le droit préférentiel de souscription constitue une mesure protectrice des intérêts des actionnaires d'une société de capitaux, ayant pour but d'offrir à la souscription les actions nouvelles à émettre par préférence aux actionnaires actuels de ladite société anonyme, lesdits actionnaires pouvant vendre ledit droit préférentiel à toute autre personne intéressée. Ainsi, ce droit à la souscription préférentielle des nouvelles actions à émettre par la société dont le propriétaire de ce droit possède déjà des actions, ces droits étant émis en sa faveur proportionnellement au nombre d'actions qu'il détient dans le capital de ladite société, ne donne pas droit à une portion du capital de ladite société et ne crée, dans le chef de l'actionnaire bénéficiaire d'un tel droit préférentiel de souscription, aucune obligation d'exercer le droit en question, étant donné qu'il peut renoncer à l'exercice de cette faculté lui ainsi réservée, voire vendre ledit droit à un tiers. Le tribunal en conclut que le droit préférentiel de souscription ne confère à l'actionnaire actuel d'une société de capitaux qu'un *droit* à une *participation supplémentaire* dans la société en question, sans que ce droit ne puisse être qualifié comme constitutif d'une participation dans ladite société ou comme faisant partie intégrante du capital de cette société et qu'en conséquence, l'une des conditions prévues par l'article 166 LIR, à savoir celle de la « *participation* » dans le capital d'une société de capitaux ne serait pas remplie en l'espèce, au motif que le droit préférentiel de souscription n'est pas à considérer comme constituant une *participation* au capital d'une telle société.

Le tribunal réfuta encore le moyen de la société ... fondé sur l'article 100 LIR au motif que cette disposition viserait exclusivement les plus-values de cession intervenues dans le chef de personnes physiques dans le cadre du patrimoine privé et ne s'appliquerait partant pas en l'espèce.

Il rejeta partant le recours comme n'étant pas fondé.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 23 août 2011, la société ... a fait régulièrement relever appel de ce jugement du tribunal administratif du 14 juillet 2011.

La société ... expose qu'elle aurait formulé dans son recours deux demandes principales, à savoir, premièrement, celle de qualifier l'attribution des droits préférentiels de souscription comme revenu exonéré par l'article 166 LIR et, deuxièmement, celle de qualifier le produit de la cession desdits droits préférentiels de souscription comme plus-value exonérée conformément au règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 L.I.R., ci-après désigné par le « *règlement grand-ducal du 21 décembre 2001* », ainsi qu'une demande subsidiaire tendant à voir réduire le revenu dégagé par ladite cession de droits préférentiels de souscription au montant net après prise en compte de leur valeur comptable. Elle reproche aux premiers juges de n'avoir répondu que très partiellement à ses demandes en ne prenant position que par rapport à sa deuxième demande principale et en ne discutant pas de sa première demande principale et de sa demande subsidiaire, façon de procéder qui serait de nature à la priver de la garantie du double degré de juridiction.

Relativement à l'attribution des droits préférentiels de souscription, la société ... fait valoir qu'un tel droit ne serait accordé qu'aux actionnaires qui ont une participation et en proportion avec l'importance de la participation et que ce droit découlerait directement de la détention des parts, de manière qu'il serait évident que les droits préférentiels de souscription seraient un revenu de la participation.

Quant au traitement fiscal du produit de la cession de ses droits préférentiels de souscription, la société ... expose que l'émission d'actions nouvelles au pair comptable entraînerait une dilution de la fortune de la société dès que celle-ci dispose de réserves ou de plus-values non réalisées, que pour cette raison, l'émission d'actions nouvelles se ferait régulièrement avec une prime d'émission dont le montant serait déterminé en fonction de la valeur intrinsèque des titres et de la situation du marché et que le prix du coupon représentant le droit préférentiel de souscription refléterait la survalue des actions nouvelles par rapport à leur prime d'émission. Dès lors, en admettant que la société-mère avait acquis sa participation à un prix unitaire inférieur ou égal au prix d'émission des actions nouvelles, celui-ci correspondrait au prix du marché des titres et une éventuelle dépréciation des titres anciens du fait de la dilution du patrimoine de la société se traduirait par une baisse des plus-values non réalisées et non pas par une correction de valeur des titres anciens. Dans ces conditions, selon la société ..., on pourrait assimiler la cession du coupon représentant le droit préférentiel de souscription à un produit de réalisation partielle de la participation au capital et la notion de dividendes devrait être réduite à un revenu courant de la participation versé par la filiale à ses actionnaires et affectant ainsi directement les comptes de la filiale, contrairement aux plus-values réalisées par l'actionnaire qui n'influeraient pas sur les comptes de la filiale. Cette position serait également défendue par la jurisprudence et la doctrine allemandes.

Le délégué du gouvernement rétorque que ce serait à bon droit que les premiers juges ont décidé que le droit préférentiel de souscription ne pourrait pas être considéré comme constituant une participation dans l'autre société ou comme faisant partie intégrante du capital de l'autre société et que l'une des conditions pour l'application de l'article 166 LIR et du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 n'était partant pas remplie, de manière que la plus-value litigieuse ne saurait bénéficier de l'exemption prévue par ces deux séries de dispositions et que tout débat sur les prétentions de l'appelante devrait se terminer à ce stade.

Ensuite, le représentant étatique souligne que l'objet de la demande de la société ..., telle que formulée devant le directeur, aurait été limité à la question de savoir si la plus-value dégagée par la cession des droits préférentiels de souscription est exonérée sur base de l'article 166 LIR, de manière que les autres questions soulevées à travers le recours contentieux devraient être qualifiées de questions nouvelles n'ayant pas figuré dans la réclamation et partant prohibées par l'article 58 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ci-après désignée par la « *loi du 21 juin 1999* ».

En outre, le délégué du gouvernement affirme que l'attribution des droits préférentiels de souscription litigieux aurait eu lieu avant l'année 2007, de manière que la question de la réalisation ou non d'un revenu de ce chef ne serait pas pertinente pour l'année d'imposition 2007.

Pour le surplus, le délégué du gouvernement réitère son argumentation déjà déployée en première instance suivant laquelle le droit préférentiel de souscription, voire son attribution ne généreraient pas de revenu, raison pour laquelle cette attribution ne serait pas passible de la retenue à la source prévue à l'article 146 LIR, de sorte que cette attribution ne saurait rentrer dans le champ d'application de l'article 166 LIR.

Liminairement, il y a lieu de rejeter le moyen d'irrecevabilité partielle des demandes formulées par la société ..., tel que soulevé par le délégué du gouvernement. En effet, au vœu de l'article 58 de la loi du 21 juin 1999, des demandes nouvelles n'ayant pas figuré dans la réclamation ne sont pas admissibles dans le cadre du recours contentieux, tandis que des moyens nouveaux, non compris dans la réclamation, sont quant à eux admissibles devant le juge administratif. On entend par demande nouvelle la demande qui diffère de la réclamation - la demande initiale - par son objet, par sa cause ou par les personnes entre qui elle est engagée, tandis que par moyen nouveau, on entend la raison de droit ou de fait invoquée pour la première fois pardevant la juridiction administrative à l'appui d'une prétention. En matière de bulletins d'impôt, les seules causes possibles des recours se situent dans l'affirmation de l'imposabilité du contribuable, le montant de la cote d'impôt fixée ou encore le montant de la base d'imposition établie par bulletin séparé, l'objet étant, comme en matière de contentieux administratif de droit commun, le ou les actes déférés.

Or, en l'espèce, même si la société ... affirme avoir formulé dans le cadre de son recours contentieux deux demandes principales, à savoir, premièrement, celle de voir qualifier l'attribution des droits préférentiels de souscription comme revenu exonéré par l'article 166 LIR et, deuxièmement, celle de voir qualifier le produit de la cession desdits droits préférentiels de souscription comme plus-value exonérée conformément au règlement grand-ducal du 21 décembre 2001, ainsi qu'une demande subsidiaire tendant à voir réduire le revenu dégagé par ladite cession de droits préférentiels de souscription au montant net après prise en compte de la valeur comptable des droits préférentiels de souscription, il n'en reste pas moins que ces trois demandes, principales et subsidiaire, ainsi qualifiées, s'analysent, dans le cadre de l'application de l'article 58 de la loi du 21 juin 1999, non pas comme demandes nouvelles, mais comme moyens nouveaux à l'appui de la demande préexistante déjà soumise au directeur à travers la réclamation du 8 décembre 2009 dont l'objet est constitué par les deux bulletins du 14 octobre 2009 et dont la cause réside dans les deux cotes d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial communal fixées par lesdits bulletins que la société ... entend voir réduites à travers sa voie de recours. Par voie de conséquence, le moyen d'irrecevabilité du délégué du gouvernement est à rejeter.

Conformément à l'article 166 (1) LIR, *« les revenus d'une participation détenus par : (...) 4. un établissement stable indigène d'une société de capitaux qui est un résident d'un Etat avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions (...) sont exonérés lorsque, à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros ».*

Au vœu de l'article 1^{er} (1) du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001, *« lorsqu'un contribuable visé à l'article 166, alinéa 1^{er}, numéros 1 à 5, cède des titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société visée à l'alinéa 2, numéros 1 à 3 du même article, le revenu dégagé par la cession est exonéré, lorsqu'à la date de l'aliénation des titres le cédant détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10% ou le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 d'euros. (...) ».*

Comme les premiers juges l'ont déjà judicieusement relevé, il y a d'abord lieu de déterminer la nature juridique des droits préférentiels de souscription litigieux afin de pouvoir décider s'ils relèvent ou non de la notion de « participation » ou de celle de « revenu

d'une participation » en vue de bénéficier d'une des exemptions prévues par l'article 166 LIR et le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001.

En vertu de l'article 32-3 (1) de la loi du 10 août 1915, « *les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions* », le paragraphe (3) du même article 32-3 conférant à l'actionnaire la prérogative d'exercer le droit de souscription dans un délai à fixer par le conseil d'administration de la société émettrice et s'élevant au moins à trente jours. Le paragraphe (4) dudit article 32-3, en disposant que « *le droit de souscription est négociable pendant toute la durée de la souscription sans qu'il puisse être apporté à cette négociabilité d'autres restrictions que celles applicables aux titres auxquels le droit est attaché* », accorde à l'actionnaire l'option de vendre ses droits préférentiels de souscription. En outre, le paragraphe (5) du même article 32-3 instaure le principe que « *les statuts ne peuvent ni supprimer, ni limiter le droit de préférence* », tout en prévoyant limitativement dans ses alinéa 2 et 3 les exceptions à ce principe. D'après le paragraphe (7) de l'article 32-3 prévisé, au cas où des droits préférentiels de souscription ne seraient pas exercés par les actionnaires actuels au cours du délai fixé, ils « *sont vendus publiquement par la société à la Bourse de Luxembourg* ».

Il est vrai, comme l'ont relevé les premiers juges, que le droit préférentiel de souscription constitue une mesure protectrice des intérêts des actionnaires d'une société de capitaux qui a pour but d'offrir à la souscription les actions nouvelles à émettre par préférence aux actionnaires actuels de la société anonyme concernée afin de préserver leurs droits sur les réserves existantes de la société et que ce droit préférentiel de souscription ne donne pas directement droit à une portion du capital de ladite société, tout comme il n'existe pour l'actionnaire aucune obligation d'exercer le droit en question. Les premiers juges ont encore valablement considéré que ce droit préférentiel de souscription ne peut pas *à lui seul* être qualifié comme constitutif d'une participation dans la société ou comme faisant partie intégrante du capital de cette société.

Cependant, la Cour ne partage pas la conclusion tirée de ces constats par les premiers juges en ce que le droit préférentiel de souscription ne saurait jamais rentrer dans la notion de *participation* au capital d'une société anonyme. En effet, même si le législateur a conféré au droit préférentiel de souscription la forme d'un droit négociable séparément de l'action à sa base et même si la détention du droit préférentiel de souscription par l'actionnaire lui confère seulement le droit de souscrire des actions nouvelles en proportion de sa part actuelle dans le capital de la société afin de maintenir celle-ci à son niveau actuel et non pas directement le droit automatique à l'allocation des actions nouvelles, ce droit préférentiel de souscription s'analyse néanmoins en un droit rattaché par le législateur à la détention d'une partie du capital de la société matérialisée par les actions émises par la société, puisqu'il est reconnu à tout actionnaire proportionnellement à sa part détenue dans le capital de la société. Ainsi, si l'actionnaire décide de faire usage de son droit en souscrivant des actions nouvelles, il exerce un droit rattaché à ses actions existantes, tandis qu'en cas de vente des droits préférentiels de souscription, il renonce à ce même droit de maintenir la proportion de sa part dans le capital de la société tout en réalisant en contrepartie de ce droit le prix de cession afférent. Par voie de conséquence, nonobstant sa forme et sa cessibilité à titre séparé, le droit préférentiel de souscription ne peut pas être vu en tant que titre autonome, comme l'ont implicitement qualifié les premiers juges, par rapport aux notions de « *revenu d'une participation* » et de « *participation* » prévues par l'article 166 LIR, mais comme attribut propre à l'action déjà détenue et dont la cession porte sur une partie des droits inhérents à l'action, partie dont l'actionnaire se défait définitivement de la sorte.

Cette qualification du droit préférentiel de souscription étant précisée, il y a lieu d'examiner la première demande formulée à titre principal par l'appelante et tendant à voir qualifier l'attribution des droits préférentiels de souscription comme revenu exonéré par l'article 166 LIR. Or, nonobstant l'erreur matérielle commise par le délégué du gouvernement en affirmant que l'attribution des droits préférentiels de souscription litigieux n'aurait pas eu lieu durant l'année 2007, c'est à juste titre qu'il rencontre cette première demande principale de l'appelante en précisant que l'attribution d'un droit préférentiel de souscription ne génère elle-même pas de revenu, vu qu'il s'agit d'un produit potentiel dont la réalisation dépend encore d'une décision ultérieure de l'actionnaire, de manière que la question d'une éventuelle exonération ne se pose pas à ce stade.

Concernant ensuite la deuxième demande principale de l'appelante visant l'exonération du produit de la cession des droits préférentiels de souscription litigieux, il se dégage des développements ci-avant que le droit préférentiel de souscription est inhérent à la substance d'une action, de manière que le produit de la cession d'un droit préférentiel de souscription ne saurait être qualifié de « *revenu d'une participation* » au sens de l'article 166 (1) LIR, notion visant seulement les produits d'opérations n'affectant pas la substance de la participation. Par contre, la cession d'un droit préférentiel de souscription doit être assimilée à une cession partielle de la participation au vu de l'aliénation définitive d'une partie de la substance des droits rattachés à l'action détenue. En effet, une telle qualification respecte la même logique d'assimilation du produit de la cession de droits à un titre au produit de la cession des titres eux-mêmes, telle qu'elle se trouve consacrée par l'assimilation du produit de la vente avant terme de coupons de dividendes à des dividendes-mêmes (art. 97 (1) n° 8 LIR). Le produit de la cession de droits préférentiels de souscription rentre partant dans le champ de l'exonération prévue par l'article 1^{er} (1) du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001.

Il découle de ces développements que le recours de la société ... est justifié en sa deuxième demande principale tendant à voir le produit de la vente des 338.000 droits de souscription d'actions ... à hauteur de 1.178.910,20 euros exonéré de l'impôt sur le revenu des collectivités sur base du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001, de manière que l'examen de la demande subsidiaire devient surabondant.

Par voie de conséquence, par réformation du jugement entrepris du 14 juillet 2011, la décision directoriale litigieuse du 19 mai 2010 encourt la réformation dans la mesure où cette deuxième demande principale est à accueillir.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 23 août 2011 en la forme,

au fond, le déclare justifié,

partant, par réformation du jugement entrepris du 14 juillet 2011, dit que la décision directoriale litigieuse du 19 mai 2010 encourt la réformation en ce sens que le produit de la vente des 338.000 droits de souscription d'actions ... à hauteur de 1.178.910,20 euros est à

qualifier de revenu de cession exonéré de l'impôt sur le revenu des collectivités sur base de l'article 1^{er} (1) du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001,

renvoie l'affaire devant le directeur de l'administration des Contributions directes pour exécution,

condamne l'Etat aux dépens des deux instances.

Ainsi délibéré et jugé par:

Francis DELAPORTE, vice-président,

Serge SCHROEDER, conseiller,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu à l'audience publique du 16 février 2012 au local ordinaire des audiences de la Cour par le vice-président, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY

s. DELAPORTE